

néticos. En el capítulo duodécimo: “Cribado genético: Conflicto entre el Derecho a la información y el derecho a la intimidad”, Cristina MARTÍN SAN JUAN tras analizar las delimitaciones conceptuales pertinentes sobre las pruebas genéticas, cribado genético y consejo genético, efectúa una exposición sobre el derecho fundamental a la intimidad genética y a su protección estudiando los conflictos de derechos entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información: el derecho a saber y a no saber, así como los derechos de terceros. Y todo ello, para concluir que dados los enormes conflictos que pueden producirse es este ámbito, parece necesaria una reformulación del derecho a la salud como parte del derecho a la vida. En el capítulo decimotercero: “Consideraciones éticas y jurídicas sobre la práctica de los test genéticos: especial consideración al contexto laboral” María JORQUI AZOFRA, se centra en el estudio y conceptualización de los tests genéticos y el derecho a la intimidad personal referida especialmente al ámbito laboral. Para terminar considerando que la intimidad y la autonomía personal son derechos contra los que no pueden utilizarse los resultados de los tests genéticos salvo por razones de salud pública.

La obra adjunta al final un anexo en el que se incluyen algunos textos jurídicos y declaraciones básicos para la defensa de la dignidad humana en las investigaciones biomédicas.

En síntesis, puede afirmarse, y así se deduce de todo lo expuesto, que nos encontramos ante una obra completa, en cuanto que trata cuestiones fundamentales que están en juego hoy en día en el campo de las investigaciones biomédicas en sus relaciones con la Ética y el Derecho. La obra tiene un doble mérito, que pudiera atribuirse al coordinador de la obra; el haber acertado en la selección de contenidos y de prestigiosos especialistas sobre los diversos temas.

Teresa Gelardo

Carlos I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho. Tomo I. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, LexisNexis – Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 2005, 295 págs.

A once años de la publicación de *Filosofía del Derecho*, Carlos Ignacio Massini Correas ofrece al público una segunda edición del primer volumen de su libro. (También existe un segundo volumen, completamente nuevo, que se encuentra en prensa al tiempo de escribirse estas líneas.) Según da cuenta el

autor en el Prólogo, la primera edición se agotó, al igual que sus dos reimpressiones. Es animante constatar que un libro de filosofía del derecho, una disciplina supuestamente poco vendedora, haya recibido tan buena respuesta por parte del público lector.

El autor afirma en el Prólogo que ha querido escribir un “libro de texto”, es decir, un manual. Esta intención, sin embargo, a veces se ve malograda por una excesiva erudición, manifestada en la profusión de notas al pie y en el uso incansable por parte del autor de palabras extrañas, algunas de las cuales ni siquiera figuran en el diccionario de la Real Academia, como “axiótico”, “contenutístico”, y unas cuantas más; sin contar los muchos términos técnicos que se suponen sabidos como “metateoría”, “noético”, “cognitivismo”, “deóntico” y “metaética”, entre otros. En todo caso, las copiosas referencias bibliográficas revelan algo ya sabido: Massini es un gran lector y, más aún, se mantiene permanentemente actualizado.

En la Primera Parte del libro, titulada “El Derecho”, Massini usa la técnica de la analogía para indagar cuál es “el analogado principal de derecho” (pp. 38-39). Para ello, parte de una “hipótesis de trabajo”, “avalada por la opinión de numerosos autores clásicos y por el uso del término en las diversas etapas de la historia del derecho”. Según esta hipótesis, “el término ‘derecho’, en su significación más propia, se refiere a la conducta jurídica, es decir a la *conducta humana referida a otro sujeto jurídico, objetivamente debida y en principio coercible*” (p. 39; énfasis en el original). La hipótesis se considera confirmada por tres razones.

“El primero de los argumentos que justifican la ‘centralidad’ o prioridad de la significación de ‘derecho’ como conducta es el que puede llamarse *histórico-etimológico*” (p. 39; énfasis en el original). El autor muestra, con acierto, como la palabra *ius* y sus equivalentes eran usadas en el pensamiento antiguo y medieval para significar primariamente “lo justo”. El segundo argumento que ofrece Massini a favor de su tesis es que “desde la estricta perspectiva del uso habitual del lenguaje jurídico” derecho quiere decir principalmente conducta justa (p. 41). El tercero radica en el carácter práctico de la conducta. Si bien esta practicidad se vislumbra también en los otros significados del término —principalmente la norma y la facultad jurídicas—, existe más plena y perfectamente en la conducta, por ser una acción singular y concreta (cfr. ps. 42-43).

Los otros significados de “derecho” ya aludidos —norma y derecho subjetivo— son, según la óptica de Massini, “analogados secundarios”, y a cada uno de ellos dedica el libro comentado un capítulo. Esta trilogía en la que la conducta justa ocupa un lugar central es para nuestro autor un elemento capital de la doctrina del “realismo jurídico”.

No es ésta la única aproximación posible al fenómeno jurídico compatible con la teoría iusnaturalista –la afirmación de que el derecho positivo constituye una derivación de la ley natural–. Después de todo, a la palabra “derecho” le es aplicable la definición general de los términos: es una “voz significativa *arbitraria*”¹. Y, como explica Massini en otra obra, la analogía del “derecho” es una analogía de términos, no de conceptos². Por ello, el arbitrio humano, las convenciones, pueden generar cambios en el uso de esta palabra. Y así ha ocurrido. El “lenguaje habitual”, al que Massini asigna acertadamente un rol importante en la determinación de los significados de las palabras, ha operado un giro en el uso del término derecho en el ámbito jurídico. Hoy, y hace ya tiempo, derecho significa norma, ordenamiento jurídico, ley; y también derecho subjetivo. Massini no lo niega pero, por las razones explicadas, privilegia la acepción clásica del derecho como objeto de la justicia. Sin duda, este significado merece atención, pero puede estudiarse en la ética, cuando se consideran las virtudes y sus respectivos objetos. No hay inconveniente en que la filosofía del derecho y la ciencia jurídica privilegien la dimensión normativa del fenómeno jurídico. Esta aproximación al derecho será compatible con el iusnaturalismo siempre y cuando esté presente la relación de las normas con la justicia. Usando también la analogía, pero con una finalidad distinta de la que guía a Massini, una teoría iusnaturalista normativista asignará el lugar central a la norma justa y verá en el derecho injusto un caso secundario o aguado de aquel caso central³.

¿Supone esta teorización normativista una concesión al positivismo jurídico? La respuesta depende de qué se entienda por positivismo. Si se lo define como una doctrina escéptica y relativista, que ve en la justicia una mera racionalización de emociones, no implica concesión alguna, pues el iusnaturalismo normativista excluye todo ello. Si por positivismo se entiende una teoría que asigna un lugar capital a las normas, entonces sí puede decirse que el iusnatu-

1. J.A. CASAUBÓN, *Nociones generales de lógica y filosofía*, Estrada, Buenos Aires, 1992, p. 35.

2. C.I. MASSINI CORREAS, *Derecho y ley según Georges Kalinowski*, Ediarium, Mendoza, 1987, p. 29. Lamentablemente Massini omite esta precisión en el libro reseñado.

3. Véase, por ejemplo, J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, Cap. XII. Orrego ha advertido cómo si se centra el análisis en las normas, como lo hace Finnis, y no en la *ipsa res iusta*, se puede, igualmente, otorgar un lugar protagónico a la justicia. C. ORREGO SÁNCHEZ, “La Introducción crítica al derecho natural y la renovación del iusnaturalismo clásico”, en *Natura, ius, ratio: Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, P. RIVAS (ed.), ARA editores, Piura, 2005, pp. 59 y 65, nota 37.

ralismo normativista implica una suerte de concesión, aunque más bien habría que hablar de una afinidad de convenciones en una materia terminológica en la que rige aquello de que *de nominibus non est disputandum*. El iusnaturalismo normativista tiene el mismo objeto principal de estudio que el positivismo normativista y en ese sentido facilita el diálogo entre corrientes parcialmente diversas. No hay en esto riesgos ni motivo para escandalizarse. Como sostuvo Kalinowski, un autor al que Massini profesa admiración,

“Tomás [de Aquino] tenía razón cuando escribía que es usual dar a las palabras nuevos significados en lugar de los antiguos. El término ‘derecho’ ha sido alejado de su significado primitivo. En el siglo XIII y aún más tarde, ‘derecho’ significaba ‘obra justa’, ‘cosa justa’, ‘acto justo’. En nuestros días significa principalmente ‘ley’...”⁴

[N]o porque el antiguo término de ley haya sido reemplazado, después de mucho tiempo (sin desaparecer completamente en su vieja acepción), por el nombre metonímico de derecho... se puede reprochar a nadie el definir al derecho como una regla. Es así como entendemos hoy ese término, y bajo riesgo de ser malentendidos, debemos respetar su acepción actual...”⁴.

En suma, la brecha que separa el realismo jurídico clásico del iusnaturalismo normativista, en cuanto teorías o reflexiones filosóficas acerca del derecho (natural y positivo), es tan solamente una de nombres y de enfoques o énfasis⁵. En este sentido, puede decirse que se trata de perspectivas complementarias y no antitéticas.

La Segunda Parte del libro reseñado trata acerca de “Los Derechos Humanos” y procura caracterizarlos y distinguirlos de otros derechos. Asimismo, investiga el fundamento de los derechos humanos y ubica la cuestión acertadamente en la persona y su dignidad. Explica con detalle las posiciones que niegan los derechos de quienes al comienzo o al fin de la vida carecen de uso de razón y las critica con solvencia. Los teóricos que sostienen estas posturas muchas veces afirman los derechos de las plantas y los animales y se hacen justamente acreedores de la ironía de Massini, que llega a hablar con gracia del “vegetarianismo obligatorio y el infanticidio optativo” (p. 127). El tratamien-

4. G. KALINOWSKI, “Ley y Derecho”, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982 (traducción a cargo de C.I. Massini Correias), pp. 22-26. El pasaje es mucho más extenso y su lectura completa ayuda a entender mejor este problema.

5. Lo dicho en el texto es congruente con la afirmación de Massini en la página 115 del libro reseñado, en el sentido de que “no existe una doctrina iusnaturalista, sino un variadísimo grupo de ellas, con diversos puntos de partida y disímiles conclusiones pero que acuerdan en sostener la existencia de al menos un principio suprapositivo jurídico, en el que se fundan racionalmente ciertas normas o derechos”.

to de estos temas revela especialmente la sólida formación filosófica de Massini, que combina el recurso a las fuentes clásicas con las muchas aportaciones modernas y contemporáneas.

El autor menciona al pasar los derechos de las “sociedades de personas” (p. 129; pp. 190-191), y afirma su existencia, aunque rechazando tanto las teorías que lisa y llanamente niegan que los grupos sociales sean algo distinto de sus miembros, como también aquellas que los consideran entes sustantivos. Este es un tema de gran actualidad ya que involucra los derechos de la familia, de las minorías y de los gremios, entre otras comunidades.

Para Massini los derechos humanos son absolutos, y su carácter absoluto responde a que tienen su fundamento último en “una realidad absoluta, trascendente y personal, realidad a la que los hombres habitualmente llaman *Dios*” (p. 199; énfasis en el original). Conviene hacer notar, para evitar confusiones, que esta postura no es incompatible con la de autores como Finnis, que rechazan el carácter absoluto de la mayoría de los derechos humanos⁶. Finnis no niega que el fundamento último de la moral –y, por tanto, de los derechos humanos– sea un ser trascendente⁷, pero afirma que la mayoría de los derechos admite reglamentación y limitaciones en función del bien común, algo que Massini seguramente aceptaría. No obstante, contra el utilitarismo Finnis, sostiene que algunos derechos como, por ejemplo, el derecho a no ser torturado, son absolutos, en el sentido de que no admiten excepciones. Estos derechos se fundan, a su vez, en la existencia de “absolutos morales”, normas éticas que prohíben *semper et pro semper* la realización de cierto tipo de conductas⁸. Este tipo de normas es también, como era de esperar, admitido por Massini (cfr. v.gr., pp. 222 y 270).

Llegamos así a la tercera, y última, parte del libro, que lleva el título de “El Derecho natural”. En ella Massini defiende una teoría iusnaturalista que tiene dos virtudes fundamentales. Por un lado, el autor escribe en diálogo con diversas corrientes antagonistas, fundamentalmente el conglomerado amorfo de doctrinas positivistas –nadie sabe muy bien qué es el positivismo en nuestros días⁹– y lo que Massini llama el traspositivismo: el intento de superar el posi-

6. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 246-249 y 251-253.

7. Cfr. el último capítulo –XIII– de su *Ley natural y derechos naturales*.

8. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 225. Cfr. también, del mismo autor, *Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth*, The Catholic University Press, Washington, D.C., 1991.

9. Tiene razón Timothy Endicott: “No sé qué es el positivismo jurídico y de hecho me planteo si acaso existe”. T.A.O. Endicott, “Raz on Gaps – the Suprising Part”, en *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, L.H. MEYER, S.L. PAULSON y T.W. POGGE (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 100.

tivismo desde perspectivas ajenas a la tradición del derecho natural. Por otro lado, el libro pone en evidencia la necesidad de que la teoría iusnaturalista dé respuestas y fundamentos a algunos acuciantes problemas contemporáneos como los derechos humanos, la crisis ecológica y la bioética (pp. 225-227; 287). Por ello la argumentación de Massini es un iusnaturalismo *aggiornado*, distinto de lo que se ha dado en llamar gráficamente “tomismo blindado”, designado menos vulgarmente “integrista” por el autor. Sin embargo, esta puesta al día de la doctrina tradicional de la ley natural se mantiene en todo momento fiel a sus afirmaciones fundamentales. Responde así más propiamente al espíritu con que Tomás de Aquino abordaba los problemas de su tiempo, con mente amplia y aprovechando todas las aportaciones de otras corrientes de pensamiento.

En suma, nos encontramos frente a un trabajo sólido y fundado, desafiante para un estudiante inquieto y de indudable valor para los más versados en filosofía jurídica. Su prolija y cuidada edición es una circunstancia adicional que invita a su lectura.

Santiago Legarre

José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Retos jurídicos de la bioética*, Eiuinsa, Madrid, 2005.

En *Retos jurídicos de la bioética*, el profesor Serrano Ruiz-Calderón expone, de manera brillante, los problemas actuales que se plantean en torno a la biotecnología. Por el gran número de títulos que tiene publicados sobre la materia, es uno de los mejores conocedores de la bioética. Este libro se ofrece como una reflexión actualizada, aportando criterios y contrarrestando argumentos. Al hilo de sucesos concretos, como por ejemplo el caso de Ramón Sampedro o la legislación sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, Serrano Ruiz-Calderón aporta una visión muy clarificadora, advirtiéndole de las consecuencias de determinado tipo de legislación progresista. Al mismo tiempo, este libro puede servir perfectamente como manual ya que las explicaciones son completas, pero sencillas.

El autor parte del cambio de paradigma en lo que podríamos denominar “posmodernidad”. Así se ocupa largas páginas de analizar lo que llama “paradigma biológico” y su, a veces nefasta, aplicación a las ciencias sociales. A su